

Coleção
Eduardo Espínola

RAVI PEIXOTO

SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE E SEGURANÇA JURÍDICA

3.^a edição

Revista, ampliada
e atualizada

2018

 **EDITORA**
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



1130807

Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
 Tel: (71) 3045.9051
 • Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Víglier, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: ☞ Ana Caquetti

S959 Superação do precedente e segurança jurídica / Ravi Peixoto – 3. ed – Salvador:
 Editora JusPodivm, 2018.
 448 p. (Eduardo Espinola / Coordenação Fredie Didier Jr.)

Bibliografia.
 ISBN 978-85-442-2222-5.

1. Direito Processual Civil. 2. Teoria dos Precedentes. 3. Modulação de Efeitos. I. Didier Jr., Fredie. II. Peixoto, Ravi. III. Título.

CDD 341.46

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

Capítulo 1

EM BUSCA DA DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

1.1. O direito e a segurança jurídica.....	31
1.1.1. Absolutismos e relativismos em termos de segurança jurídica: o debate entre Jerome Frank e Norberto Bobbio	42
1.2. As faces da segurança jurídica	46
1.3. Indicadores da segurança jurídica.....	51
1.3.1. Aspectos materiais	51
1.3.1.1. Aspecto estático: Cognoscibilidade.	51
1.3.1.2. Aspectos dinâmicos: calculabilidade e confiabilidade.....	55
1.3.2. Aspectos objetivos e o desenvolvimento analítico da segurança jurídica	59
1.3.2.1. Segurança para quem?.....	60
1.3.2.2. Segurança do quê?.....	63
1.3.2.3. A forma de previsão. Como?	67
1.3.2.4. Em que medida?	68
1.4. Fundamentação normativa	70
1.4.1. Sobre a previsão expressa no texto normativo constitucional.....	71
1.4.2. Fundamentação dedutiva.....	73
1.4.3. Fundamentação indutiva e as previsões tópicas da segurança jurídica na Constituição	76
1.4.4. O princípio da segurança jurídica na Constituição do Brasil: aspectos conclusivos	79

Capítulo 2

O DESENVOLVIMENTO DA TUTELA DA CONFIANÇA: EM BUSCA DE UMA NORMA COM APTIDÃO PARA ATUAR NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PÚBLICO.....	81
2.1. A boa-fé objetiva e o seu desenvolvimento.....	81
2.1.1. As eficácias normativas da cláusula geral da boa-fé – uma primeira observação a partir do direito civil.....	85
2.1.1.1. Brevíssimos apontamentos sobre a definição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: a necessária diferenciação entre texto e norma.....	85
2.1.1.2. As eficácias da boa-fé objetiva.....	86
2.2. A aplicabilidade em todos os ramos do direito – Do direito privado ao direito público.....	89
2.3. A proibição do comportamento contraditório.....	92
2.3.1. Os requisitos para a sua aplicação: análise das posições doutrinárias.....	95
2.4. A segurança jurídica e o desenvolvimento do princípio da confiança legítima.....	97
2.4.1. A questão da origem histórica e a evolução da tutela da confiança.....	97
2.4.2. O conceito tradicional da confiança legítima.....	100
2.4.3. Âmbito de atuação – uma análise crítica.....	102
2.4.4. Requisitos adotados pela doutrina majoritária.....	108
2.5. As tentativas de diferenciação entre a boa-fé objetiva e a confiança legítima.....	111
2.6. Possibilidade de aprendizado entre o direito público e o privado e o desenvolvimento de uma teoria sobre a tutela jurídica da confiança: a impossibilidade de diferenciação entre o princípio da proteção da confiança e da proibição do comportamento contraditório.....	115
2.7. Requisitos para a aplicação da tutela da confiança: uma proposta de construção unitária a partir do desenvolvimento operado no direito público e privado.....	121
2.7.1. A base da confiança.....	123

2.7.2. A existência da confiança legítima	125
2.7.3. A prática de atos concretos e o prejuízo à esfera jurídica de quem invoca a tutela da confiança.....	127
2.7.4. A existência ou a potencialidade de uma conduta contraditória	128
2.7.4.1. O problema da identidade de sujeitos	129

Capítulo 3

ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DOS PRECEDENTES..... 133

3.1. O paulatino desenvolvimento do stare decisis no Brasil e alguns dos seus desafios.....	133
3.1.1. A evolução da obrigatoriedade dos precedentes no direito brasileiro	133
3.1.2. As possíveis dificuldades na construção de um <i>stare decisis</i> brasileiro.....	136
3.2. Noções básicas sobre os precedentes no direito brasileiro.....	143
3.2.1. Esclarecimentos iniciais e diferenciações necessárias.....	143
3.2.1.1. Por um conceito de precedente	144
3.2.1.2. O precedente só é precedente no futuro?.....	144
3.2.1.3. O precedente está necessariamente vinculado com o conceito de Cortes Supremas?	148
3.2.1.4. O precedente tem na vinculatividade a essência do seu conceito?	150
3.2.1.5. Espécies de precedentes e a sua relação com os demais textos normativos	153
3.2.1.6. O precedente e institutos semelhantes: distinções necessárias.....	156
3.2.1.6.1. Precedente e jurisprudência.....	156
3.2.1.6.2. Precedente e súmula.....	157
3.2.1.6.3. Precedente e ementa.....	160
3.2.1.6.4. A diferença entre a eficácia vinculante do precedente e a indiscutibilidade da coisa julgada	161
3.2.1.6.4.1. A coisa julgada <i>erga omnes</i> e o precedente	163

3.2.2. Raciocinando com precedentes.....	164
3.2.2.1. A importância dos deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência.....	164
3.2.2.1.1. Dever de uniformidade.....	165
3.2.2.1.2. Dever de estabilidade	165
3.2.2.1.3. Dever de coerência	166
3.2.2.1.4. Dever de integridade.....	167
3.2.2.2. A forma de aplicação dos precedentes	169
3.2.2.3. A autorreferência.....	170
3.2.3. Eficácias do precedente nos ordenamentos jurídicos e a proposta do CPC/2015. A ausência de taxatividade do rol de precedentes obrigatórios previstos no art. 927 do CPC/2015.....	173
3.2.3.1. Os requisitos para a concessão de eficácia obrigatória aos precedentes	180
3.2.3.2. A discussão sobre a constitucionalidade do rol de precedentes obrigatórios do CPC	182
3.3. Por uma tentativa de identificação e diferenciação entre <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	184
3.3.1. A <i>ratio decidendi</i> e o direito brasileiro	186
3.3.1.1. Os métodos clássicos para a identificação da <i>ratio decidendi</i>	186
3.3.1.2. Em busca de uma teoria normativa do precedente.....	188
3.3.1.3. As dificuldades na interpretação da <i>ratio decidendi</i>	191
3.3.1.3.1. A <i>ratio decidendi</i> é um elemento necessário à resolução da questão?.....	193
3.3.1.3.2. Formas de delimitação da <i>ratio decidendi</i> – a função da Corte que produz o precedente e a atuação dos tribunais inferiores e juízes singulares	194
3.3.1.4. A possibilidade de identificação de <i>rationes decidendi</i> em decisões de direito material e processual	196

3.3.1.5. A identificação da ratio decidendi em decisões colegiadas.....	197
3.3.2. O <i>obiter dictum</i>	199
3.5. Técnicas para a utilização de precedentes	202
3.5.1. Superação.....	202
3.5.1.1. Aspectos básicos.....	202
3.5.1.2. Superação explícita, implícita e a (in)admissibilidade da transformação ou superação de precedentes.....	206
3.5.1.3. Aspectos processuais: Qual o procedimento da superação?.....	208
3.5.1.3.1. A superabilidade do precedente no controle concentrado de constitucionalidade.....	209
3.5.1.3.2. Enunciado de súmula vinculante	212
3.5.1.3.3. Incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência	213
3.5.1.3.4. Precedente advindo de recurso extraordinário com (ou sem) repercussão geral reconhecida e do recurso especial ou extraordinário repetitivo	214
3.5.1.3.5. Súmulas dos tribunais superiores.....	220
3.5.1.4. Aspectos materiais: em busca dos requisitos para a superação de precedentes.....	221
3.5.1.4.1. O ônus argumentativo para a realização da superação.....	221
3.5.1.4.2. Os requisitos gerais para a superação de precedentes.....	224
3.5.1.4.3. O caso dos erros evidentes no precedente.....	227
3.5.1.4.4. Outros fatores a serem considerados na superação.....	229
3.5.1.4.5. Os superprecedentes	230

3.5.1.4.6. Aspectos finais acerca dos elementos materiais para a superação de precedentes	233
3.5.1.5. O dever de fundamentação qualificado	233
3.5.1.6. Sobre mudanças de posicionamento jurisprudencial sem a aplicação das condicionantes da superação de precedentes.....	234
3.5.1.6.1. Os precedentes, os textos normativos e a superação: o desenvolvimento de um diálogo institucional.....	236
3.5.1.6.1.1. Teoria dos diálogos institucionais...	237
3.5.1.6.1.2. As formas de diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo: limites e possibilidades	240
3.5.1.6.1.2.1. A interpretação constitucional e as emendas constitucionais	240
3.5.1.6.1.2.2. A interpretação constitucional e o diálogo com as leis infraconstitucionais	242
3.5.1.6.1.2.3. Entre superação do precedente e alteração do texto normativo	246
3.5.2. Distinção	248
3.5.2.1. Conceito.....	248
3.5.2.2. Distinção ampliativa e restritiva.....	250
3.5.2.3. Funções na teoria dos precedentes	251
3.5.2.1. Distinção inconsistente	254
3.5.3. Sinalização.....	258
3.5.3.1. Por um novo conceito de sinalização	262
3.5.4. Superação antecipada de precedentes	264
3.5.4.1. Conceito	264
3.5.4.2. Distinções necessárias	265
3.5.4.3. Sobre a admissibilidade da técnica no direito brasileiro.....	266
3.5.4.4. As hipóteses de cabimento da técnica	269

Capítulo 4

A MODULAÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	273
4.1. Eficácia temporal clássica na superação de precedentes e a sua evolução	273
4.2. Questionamentos acerca da eficácia retroativa	279
4.2.1. A atividade criativa do magistrado	279
4.2.2. A questão da natureza do juízo de inconstitucionalidade	282
4.2.2.1. A doutrina clássica brasileira e o dogma da eficácia <i>ex tunc</i>	282
4.2.2.2. A doutrina de Hans Kelsen e o tratamento da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade como pertencente ao direito positivo.....	284
4.3. Da possibilidade de modulação de efeitos	290
4.3.1. O início da problematização no Brasil e a sua autorização para o controle concentrado de constitucionalidade.....	290
4.3.2. A temática da modulação na superação de precedentes: análise da sua (im)possibilidade	293
4.4. A fundamentação jurídica da modulação de efeitos: para além da política judiciária.....	296
4.4.1. A inaplicabilidade da irretroatividade das leis à teoria dos precedentes	296
4.4.2. Fundamentos normativos para a modulação de efeitos	301
4.4.3. O STJ, sua resistência histórica na admissão da superação prospectiva de precedentes e o início da utilização da técnica.....	305
4.5. Críticas à modulação de efeitos	312
4.6. Por que modular? Em busca de padrões decisórios.....	314
4.6.1. Resenha descritiva dos precedentes do STF acerca da modulação de efeitos na superação de precedentes	314
4.6.1.1. A constatação da ausência de padrões decisórios no STF.....	325
4.6.2. Em torno das opiniões doutrinárias	329

4.6.2.1. Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.....	329
4.6.2.2. Misabel Abreu Machado Derzi	330
4.6.2.3. Humberto Ávila.....	331
4.6.2.4. Hans Gribnau e Allan Lubbers.....	334
4.6.2.5. Francisco Rosito	335
4.6.2.6. Conclusão inicial acerca do panorama doutrinário	335
4.6.3. Afinal, existem parâmetros mínimos?	336
4.7. Como modular? Uma análise dos tempos na superação prospectiva e as suas possibilidades	341
4.7.1. Modalidades de eficácia temporal	341
4.7.1.1. A coisa julgada e a eficácia retroativa na superação de precedentes	342
4.7.1.1.1. A coisa julgada e a proteção das situações jurídicas por ela acobertadas.....	342
4.7.1.2. Análise crítica dos tempos da modulação prospectiva.....	346

Capítulo 5

ASPECTOS PROCESSUAIS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS.....	353
5.1. Da natureza jurídica da questão da modulação de efeitos.....	353
5.1.1. Análise crítica sobre as decisões do STF que abordam o tema	353
5.1.2. Uma proposta de abordagem do tema	358
5.1.3. A modulação de efeitos entre a <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i>	361
5.2. A forma e o momento de alegação da modulação de efeitos.....	362
5.2.1. A modulação como objeto de requerimento prévio à decisão do tribunal sobre o tema que requer alteração prospectiva.....	362
5.2.2. O cabimento dos embargos de declaração mesmo quando não há requerimento prévio.....	362
5.2.3. Sobre o (des)cabimento da modulação em processo posterior	365

5.3. Os negócios jurídicos e a modulação de efeitos na superação de precedentes.....	367
5.4. Competência para a realização da modulação de efeitos e os problemas enfrentados no direito brasileiro.....	371
5.4.1. Aspectos relevantes sobre o modelo federativo brasileiro, as competências legislativas e a atuação dos tribunais na fixação de precedentes obrigatórios	372
5.4.1.1. Notas sobre o modelo federativo e as competências legislativas.....	372
5.4.1.2. Os reflexos na competência para a prolação de precedentes vinculantes.....	375
5.4.1.3. Os órgãos com jurisdição nacional e os precedentes acerca da Constituição e da legislação federal...	376
5.4.1.4. Os tribunais de segundo grau e os precedentes obrigatórios.....	377
5.4.1.5. A organização judiciária brasileira e os desafios para a fixação de precedentes vinculantes	378
5.4.2. O reflexo das competências dos órgãos jurisdicionais para o estabelecimento de precedentes obrigatórios para a modulação de efeitos.....	381
5.5. O <i>quorum</i> para a decisão de modulação de efeitos na superação de precedentes.....	385
5.5.1. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal	386
5.5.2. A constatação da divergência doutrinária	389
5.5.3. Por uma análise crítica do quórum a ser exigido	390
5.6. Da legitimidade processual.....	392
5.6.1. Os entes públicos e a (im)possibilidade da modulação de efeitos a seu favor	393
5.7. Da necessidade de contraditório e de fundamentação adequada - a incidência do princípio da cooperação na modulação de efeitos .	397

Capítulo 6

CONCLUSÃO.....	403
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS	407
--------------------------	------------